

Methodik ÖR

Referendarexamensklausur

Dr. Helmut Philipp Aust, MLE und Chris Gutmann

Streikrecht aus Straßburg?

Das beamtenrechtliche Streikverbot unter völkerrechtlichem Anpassungsdruck

DOI 10.1515/jura-2015-0046

Die Klausur wurde im Rahmen des Probeexamens an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin im April 2014 gestellt¹. Schwerpunktmäßig werden die examensrelevanten Bezüge des Grundgesetzes zur EMRK behandelt. Die Klausur ist einer aktuellen Entscheidung des BVerwG nachgebildet (Az. 2 C 1.13), welche die neuere Rspr des EGMR zum Beamtenstreikrecht rezipiert und auf ihre Vereinbarkeit mit den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums nach Art. 33 V GG prüft.

Bezüge des Grundgesetzes zur EMRK; hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums; Beamtenstreik; Besonderes Gewaltverhältnis

SACHVERHALT

Die Lehrerin L, die anders als viele andere Lehrer in Berlin im Beamtenverhältnis steht, blieb im Jahre 2013 dreimal dem Unterricht fern, um an Warnstreiks teilzunehmen, zu denen die Gewerkschaft GEW während der von ihr geführten Tarifverhandlungen aufgerufen hatte. Die Gewerkschaft wollte ihrer Forderung nach einer Gehaltserhöhung Nachdruck verleihen. Die L hatte ihr Fernbleiben der Schulleiterin angekündigt, die sie auf das beamtenrechtliche Streikverbot hingewiesen hatte.

Nachdem die L trotzdem an den Warnstreiks teilgenommen hatte, wurde ein Disziplinarverfahren eröffnet

und die L wurde von der zuständigen Schulbehörde zu einer Anhörung geladen. Bei dieser Anhörung, bei der die L mit ihrer Rechtsanwältin erschienen ist, kommt es zu einer inhaltlichen Auseinandersetzung:

Die Rechtsanwältin der L ist der Auffassung, dass das Streikverbot die L in ihrem Grundrecht aus Art. 9 GG, jedenfalls in Verbindung mit Art. 11 EMRK verletzt habe. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) habe inzwischen in mehreren Entscheidungen – die allerdings nicht gegen Deutschland ergangen sind – festgehalten, dass aus Art. 11 I EMRK ein Recht der Staatsbediensteten folge, im Zuge von Tarifverhandlungen auch streiken zu dürfen. Die deutschen Behörden seien völkerrechtlich und verfassungsrechtlich verpflichtet, dem Inhalt dieser Entscheidungen nachzukommen.

Die Schulbehörde argumentiert dagegen, dass sie als einfache Verwaltungsbehörde wohl kaum an Entscheidungen eines internationalen Gerichts gebunden sein könne, zumal wenn diese nicht gegen Deutschland ergangen sind. Außerdem befinde sich die L als Beamtin in einem besonderen Verhältnis zum Staat und es sei deshalb zweifelhaft, ob sie sich überhaupt auf Grundrechte berufen könne. Schließlich ergebe sich das beamtenrechtliche Streikverbot unmittelbar aus Art. 33 V des Grundgesetzes und könne schon deswegen nicht von einem völkerrechtlichen Vertrag ausgehöhlt werden. Wenn die deutsche Rechtsordnung hier in einem Widerspruch zur EMRK stehen sollte, wäre wenigstens der Gesetzgeber berufen, über diese Frage zu entscheiden.

Die Schulbehörde verhängt letztlich durch eine schriftliche, begründete und zugestellte Disziplinarverfügung eine Geldbuße von 1.500 Euro wegen unerlaubten Fernbleibens vom Dienst im Sinne des § 59 Berliner Landesbeamtengesetz. Die L will sich mit dieser Entscheidung nicht zufrieden geben. Sie erhebt form- und fristgerecht Klage zum Verwaltungsgericht Berlin.

¹ Es wurden 150 Bearbeitungen abgegeben. Gerundet wurden 1% der Arbeiten mit »gut«, 13% mit »vollbefriedigend«, 33% mit »befriedigend«, 31% mit »ausreichend« und 22% mit »mangelhaft« bewertet.

Bearbeitervermerk: Prüfen Sie, ob die Klage Aussicht auf Erfolg hat. Gehen Sie bitte davon aus, dass die nötigen Verfahrensanforderungen eingehalten worden sind.

Anhang

Auszug aus dem Landesbeamtengesetz des Landes Berlin

§ 59 Fernbleiben vom Dienst

(1) ¹Beamtinnen und Beamte dürfen dem Dienst nicht ohne Genehmigung der oder des Dienstvorgesetzten fernbleiben. ²Dienstunfähigkeit infolge Krankheit ist unverzüglich anzuzeigen und auf Verlangen nachzuweisen. ³Auf Anforderung ist die Dienstunfähigkeit durch eine oder einen von der Dienstbehörde bestimmte Ärztin oder bestimmten Arzt bestätigen zu lassen.

(2) Verlieren Beamtinnen oder Beamte wegen unentschuldigter Fernbleibens vom Dienst nach den besoldungsrechtlichen Regelungen ihren Anspruch auf Bezüge, so wird dadurch die Durchführung eines Disziplinarverfahrens nicht ausgeschlossen.

Auszug aus dem Disziplinargesetz des Landes Berlin

§ 1 Persönlicher Geltungsbereich

¹Dieses Gesetz gilt für Beamtinnen und Beamte sowie Ruhestandsbeamtinnen und Ruhestandsbeamte im Sinne des Landesbeamtengesetzes. [...]

§ 2 Sachlicher Geltungsbereich

(1) Dieses Gesetz gilt für die

1. von Beamtinnen und Beamten während ihres Beamtenverhältnisses begangenen Dienstvergehen (§ 47 Absatz 1 des Beamtenstatusgesetzes) [...].

§ 3 Ergänzende Anwendung des Gesetzes über das Verfahren der Berliner Verwaltung und der Verwaltungsgerichtsordnung

Zur Ergänzung dieses Gesetzes sind die Bestimmungen des Gesetzes über das Verfahren der Berliner Verwaltung und der Verwaltungsgerichtsordnung entsprechend anzuwenden, soweit sie nicht zu den Bestimmungen dieses Gesetzes in Widerspruch stehen oder soweit nicht in diesem Gesetz etwas anderes bestimmt ist.

§ 5 Arten der Disziplinarmaßnahmen

(1) Disziplinarmaßnahmen gegen Beamtinnen und Beamte sind:

1. Verweis (§ 6),
2. Geldbuße (§ 7),
3. Kürzung der Dienstbezüge (§ 8),

4. Zurückstufung (§ 9) und

5. Entfernung aus dem Beamtenverhältnis (§ 10). [...]

§ 7 Geldbuße

¹Die Geldbuße kann bis zur Höhe der monatlichen Dienst- oder Anwärterbezüge der Beamtin oder des Beamten auferlegt werden. ²Hat die Beamtin oder der Beamte keine Dienst- oder Anwärterbezüge, darf die Geldbuße bis zu dem Betrag von 500 Euro auferlegt werden.

§ 17 Einleitung von Amts wegen

(1) ¹Liegen zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vor, die den Verdacht eines Dienstvergehens rechtfertigen, hat die oder der Dienstvorgesetzte die Dienstpflicht, ein Disziplinarverfahren einzuleiten. ²Die oder der höhere Dienstvorgesetzte und die oberste Dienstbehörde stellen im Rahmen ihrer Aufsicht die Erfüllung dieser Pflicht sicher; sie können das Disziplinarverfahren jederzeit an sich ziehen. ³Die Einleitung ist aktenkundig zu machen. [...]

§ 33 Disziplinarverfügung

(1) Ist ein Verweis, eine Geldbuße, eine Kürzung der Dienstbezüge oder eine Kürzung des Ruhegehalts angezeigt, wird eine solche Maßnahme durch Disziplinarverfügung ausgesprochen. [...]

(6) Die Disziplinarverfügung ist zu begründen und zu zustellen.

§ 42 Ausschluss des Vorverfahrens

Vor der Erhebung der verwaltungsgerichtlichen Klage der Beamtin oder des Beamten findet ein Vorverfahren nicht statt.

LÖSUNG

Die Klage der L hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

Die Klage ist zulässig, wenn alle erforderlichen Sachentscheidungs Voraussetzungen vorliegen.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

Um eine Klage zum VG Berlin erheben zu können, müsste der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Für beamtenrechtliche Klagen nach dem DiszG Bln ist aufgrund der

aufdrängenden Sonderzuweisung des § 54 I BeamtStG² iVm § 42 DiszG Bln der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.³

II. Statthafte Klageart

Die Klageart richtet sich nach dem Klagebegehren, vgl § 88 VwGO. Die L begehrt vorliegend die Aufhebung der gegen sie ergangenen Disziplinarverfügung. Bei der Disziplinarverfügung könnte es sich um einen Verwaltungsakt gem. § 1 I LVwVfG Bln iVm § 35 S. 1 VwVfG⁴ handeln, sodass deren Aufhebung gem. § 42 I Var. 1 VwGO mittels Anfechtungsklage begehrt werden könnte. Die Disziplinarverfügung stellt eine hoheitliche Maßnahme dar, die die zuständige Schulbehörde rechtswirksam zur Regelung eines Einzelfalls getroffen hat.

Fraglich ist allerdings, ob es sich dabei um eine bloße Regelung im Verwaltungsinnenverhältnis handelt (Betriebsverhältnis), oder ob die Maßnahme auch Außenwirkung zeitigt. An der Außenwirkung würde es fehlen, wenn die Disziplinarverfügung die L nur als Amtswalterin, dh als Glied der Verwaltungsorganisation in amtlicher Hinsicht⁵, treffen würde. Eine Maßnahme mit Außenwirkung liegt hingegen vor, wenn die L in persönlicher Hinsicht, mithin nicht als ohne weiteres austauschbare Funktionsträgerin betroffen ist (dh im Grundverhältnis).⁶ Die Disziplinarverfügung trifft die L in ihren persönlichen Verhältnissen, gerade auch als Individuum und bezieht sich nicht lediglich auf den ihr zugewiesenen Posten und ihre Rolle innerhalb der Verwaltungsorganisation. Daher hat die Disziplinarverfügung Außenwirkung und es handelt sich bei ihr um einen Verwaltungsakt. Gegen diesen kann die L gem. § 42 I Var. 1 VwGO im Wege der Anfechtungsklage vorgehen.

² Gem. § 1 I 1 LBG Bln gilt das BeamtStG ergänzend auch für die Beamten des Landes Berlin.

³ Die bis zum 30. März 2008 einschlägige aufdrängende Sonderzuweisung des § 126 I BRRG gilt zwar gem. § 63 III 2 BeamtStG fort, wird jedoch nach einer Auffassung von § 54 I BeamtStG als *lex specialis* verdrängt – *Auerbach* ZBR 2009, 217, 222. Nach anderer Auffassung finden beide Vorschriften weiterhin nebeneinander Anwendung – *Terhechte* NVwZ 2010, 996, 999.

⁴ Alle weiteren Verweise auf das VwVfG sind iVm § 1 I LVwVfG Bln zu lesen.

⁵ *Maurer* Verwaltungsrecht AT, 17. Aufl 2009, § 9 Rn 25.

⁶ Vgl ebd.

III. Klagebefugnis

Gem. § 42 II VwGO müsste die L klagebefugt sein. Dafür müsste die Möglichkeit bestehen, dass sie durch den angegriffenen Verwaltungsakt in eigenen Rechten verletzt wird. Da L Adressatin eines sie belastenden Verwaltungsaktes ist, ist jedenfalls eine Verletzung ihres Grundrechts der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 I GG nicht von vornherein ausgeschlossen.⁷

IV. Vorverfahren

Gem. §§ 68 I 2 VwGO, 42 DiszG Bln ist ein Vorverfahren vor Erhebung der verwaltungsgerichtlichen Klage nicht durchzuführen.⁸

V. Frist und Form

Gem. § 74 I 2 VwGO muss die Klage innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des Verwaltungsaktes unter Einhaltung der Formvorschriften der §§ 81 I, 82 I VwGO erhoben werden. Dies ist laut Sachverhalt geschehen.

VI. Klagegegner

Richtiger Klagegegner ist gem. § 78 I Nr 1 VwGO der Rechtsträger der Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat. Rechtsträger der handelnden Schulbehörde ist das Land Berlin, sodass die Klage gegen das Land Berlin zu richten ist.

VII. Beteiligten- und Prozessfähigkeit

Die L ist als natürliche Person gem. § 61 I Nr 1 Var. 1 VwGO beteiligten- und gem. § 62 I Nr 1 VwGO prozessfähig. Als Rechtsträger der Schulbehörde ist das Land Berlin als juristische Person des öffentlichen Rechts gem. § 61 I Nr 1

⁷ Sog. Adressatentheorie, *Posser/Wolff/Schmidt-Kötters* BeckOK VwGO, § 42 Rn 173, Stand: 01. 10. 2013.

⁸ Nicht zwingend notwendig sind Ausführungen zu der Frage, ob die Regel des § 68 I 2 VwGO auch den Landesgesetzgeber ermächtigt. Davon ist allerdings auszugehen, weil es für den Bundesgesetzgeber aufgrund von Art. 74 I Nr 1 GG ohnehin jederzeit möglich wäre, von den Anforderungen des § 68 VwGO wieder abzurücken – *BVerfGE* 35, 65, 75. Eine Ermächtigung zur Gesetzgebung ist also nur dann sinnvoll, wenn es sich nicht um den Bundesgesetzgeber handelt.

Var. 2 VwGO beteiligtenfähig. Gem. § 62 III VwGO muss das Land ordnungsgemäß vertreten werden.

VIII. Rechtsschutzbedürfnis

Dass die L ihr Ziel auf einfachere oder schnellere Weise erreichen kann, ist nicht ersichtlich.

IX. Zuständiges Gericht

Gem. §§ 45, 52 IV 1 VwGO ist das VG Berlin erstinstanzlich zuständig.

X. Zwischenergebnis

Die Anfechtungsklage ist zulässig.

B. Begründetheit

Die Klage ist gem. § 113 I 1 VwGO begründet, soweit die Disziplinarverfügung rechtswidrig erlassen wurde und die L dadurch in ihren Rechten verletzt ist.

I. Rechtmäßigkeit der Disziplinarverfügung

1. Ermächtigungsgrundlage

Der aus dem Rechtsstaatsprinzip fließende Vorbehalt des Gesetzes⁹ erfordert, dass belastendes Verwaltungshandeln nur aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung erfolgen darf. Grundlage für den Erlass der Disziplinarverfügung ist vorliegend § 33 I DiszG Bln.¹⁰

2. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Disziplinarverfügung müsste formell rechtmäßig erlassen worden sein.

⁹ Dazu *Jarass/Pieroth*, GG-Kommentar, 12. Aufl 2012, Art. 20 Rn 44 ff.
¹⁰ Wenn auch relativ fernliegend, erscheint es auch als vertretbar, wenn an dieser Stelle geprüft wird, ob die Norm mit höherrangigem Recht vereinbar ist. Anlass für eine solche Vorgehensweise wäre der Gedanke, dass § 33 I DiszG Bln nur dann verfassungskonform sein kann, wenn er nicht gegen Art. 9 GG, ggf iVm Art. 11 EMRK verstoßen würde.

a) Zuständigkeit

Dazu müsste die zuständige Behörde gehandelt haben. Zuständig für den Erlass der Disziplinarverfügung ist gem. § 17 I 1 DiszG Bln iVm § 105 I 2 SchulG Bln die Schulaufsichtsbehörde des Landes Berlin. Diese hat hier gehandelt.

b) Verfahren

Ferner müssten die einschlägigen Verfahrensbestimmungen eingehalten worden sein. Dies ist laut Sachverhalt geschehen.

c) Form

Die Disziplinarverfügung wurde zugestellt und begründet. Auch ist von einer hinreichenden Bestimmtheit der Verfügung auszugehen, sodass den Anforderungen des § 37 I VwVfG genügt wurde.

d) Zwischenergebnis

Die Disziplinarverfügung ist formell rechtmäßig erlassen worden.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Sie müsste aber auch materiell rechtmäßig sein.

a) Vorliegen einer Dienstpflichtverletzung

Voraussetzung für den Erlass einer Disziplinarverfügung ist gem. § 2 I Nr 1 DiszG Bln das Vorliegen einer Dienstpflichtverletzung seitens der L. § 59 I 1 LBG Bln verbietet das unerlaubte Fernbleiben vom Dienst. Die L ist dreimal dem Unterricht ferngeblieben, um sich für eine Gehaltserhöhung im Rahmen von Streiks der GEW einzusetzen, ohne dass dafür eine Genehmigung der vorgesetzten Dienststelle vorgelegen hätte.

aa) Streikrecht aus Art. 9 III GG

Fraglich ist jedoch, ob sich nicht eine Ausnahme vom Verbot des Fernbleibens vom Dienst aus dem grundgesetzlich in Art. 9 III GG verbürgten Streikrecht ergibt. Schließlich sieht Art. 9 III GG explizit die Zulässigkeit von Arbeitskämpfmaßnahmen vor.

Voraussetzung dafür wäre jedoch, dass sich die L in ihrer Eigenschaft als Beamtin auf das Grundrecht aus Art. 9 III GG berufen kann. Dies erscheint aus zwei Gründen zweifelhaft.

(1) Anwendbarkeit der Grundrechte im »besonderen Gewaltverhältnis«

Zunächst könnte argumentiert werden, dass in Fällen, in denen sich der Bürger bewusst in eine besondere Nähe zum Staat begibt, die Grundrechte als Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat nicht oder nur eingeschränkt zur Anwendung kommen. In dem durch ein solches »besonderes Gewaltverhältnis« begründeten verwaltungsinternen Bereich würden Regelungen mangels Außenwirkung dem allgemeinen Rechtsschutzregime entzogen sein und folglich auch eine aus Art. 9 III GG fließende Ausnahme zur Dienstpflicht aus § 59 LBG Bln nicht in Betracht kommen.¹¹

Diese sog. »Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis« kann allerdings aus verschiedenen Gründen nicht überzeugen und muss heute als überholt gelten¹². Zunächst geht schon die Prämisse fehl, dass sich der Bürger in jeder Situation, die ein solches »besonderes Gewaltverhältnis« begründen soll, freiwillig »in die Nähe« des staatlichen Machtbereichs begibt. Dies wird vor dem Hintergrund, dass sich auch Strafgefangene in einem solchen besonderen Gewaltverhältnis befinden sollen, besonders augenfällig.

Nimmt man jedoch an, dass in Fällen, in denen die Einordnung in den staatlichen Machtbereich nicht freiwillig erfolgt, eine gesetzliche Grundlage für die »Begründung« eines solchen Gewaltverhältnisses nötig aber auch ausreichend ist,¹³ so kann dennoch ein eingeschränkter Rechtsschutz in den genannten Fällen und eine eingeschränkte Geltung der Grundrechte nicht überzeugend begründet werden. Art. 19 IV GG gewährt grundsätzlich umfassend effektiven Rechtsschutz,¹⁴ unabhängig davon, ob sich ein Beamter, ein Schüler, ein Strafgefangener oder ein »einfacher Bürger« auf diese Vorschrift beruft. Gleiches gilt, *mutatis mutandis*, auch für den Gewährleistungsbereich der Grundrechte. Die Vorschriften des GG differenzieren nicht danach, in welcher Eigenschaft sich der Grundrechtsträger auf die grundrechtlichen Gewährleistungen beruft. Schließlich bedarf auch derjenige, der sich in einem »besonderen Näheverhältnis«¹⁵ zum Staat befindet noch stärker und viel eher eines besonderen Schutzes gegen das Übergreifen staatlicher Hoheitsgewalt in seine individuellen Freiheitsrechte.¹⁶

Besonderheiten der Wirkungsweise von Grundrechten im Verhältnis zwischen Bürgern und Staat in einem besonderen Näheverhältnis lassen sich auch über funktionale Erwägungen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung angemessen zur Geltung bringen.¹⁷

Daher können Konstellationen, die durch eine besondere Nähe des Bürgers zum Staat gekennzeichnet sind, nicht als (grund-)rechtsfreier Raum deklariert werden.

(2) Beamtenrechtliches Streikverbot als »hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums« gem. Art. 33 V GG

Zum anderen könnte einer Berufung der L auf das Streikrecht aus Art. 9 III GG aber das beamtenrechtliche Streikverbot, welches in st Rspr einen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums iSv Art. 33 V GG darstellt,¹⁸ entgegenstehen. Die Ausübung hoheitlicher Gewalt ist nach Art. 33 IV GG grundsätzlich in die Hände von Staatsdienern zu legen, die in einem besonderen öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis¹⁹ stehen. Bei den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums handelt es sich um grundlegende Strukturprinzipien, die den Kerninhalt dieses öffentlich-rechtlichen Treueverhältnisses ausmachen, und die begriffsnotwendig durch ein Element der Traditionalität geprägt sind (kumulatives Erfordernis von Traditionalität und Fundamentalität).²⁰ Konstitutiv und gleichsam existenzberechtigend für die Grundsätze des Berufsbeamtentums ist darüber hinaus ihr Funktionsbezug: Durch sie soll sichergestellt werden, dass die Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben zuverlässig, berechenbar und kontinuierlich erfolgt.²¹

Um genau dies zu gewährleisten, zählen zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums neben dem Streikverbot das Alimentationsprinzip, das Leistungsprinzip, sowie das Lebenszeitprinzip.²² Eine wesentliche strukturelle Eigenschaft der »hergebrachten Grundsätze« soll dabei ihr wechselseitiger Verweisungszusammenhang

11 S. dazu bei Maurer Fn 5, § 8 Rn 27ff.

12 Grundlegend: BVerfGE 33, 1, 10f.

13 Otto Mayer Verwaltungsrecht I, Nachdruck der 3. Aufl von 1924, 101ff.

14 S. Maunz/Dürig/Schmidt-Aßmann Grundgesetz-Kommentar, 69. EGL 2013, Art. 19 IV Rn 84ff.

15 Formulierung von Sebastian Graf von Kielmannsegg Grundrechte im Näheverhältnis, 2012.

16 Vgl Graf von Kielmannsegg JA 2012, 881, 882.

17 Ders Fn 16, 883.

18 Vgl BVerfGE 8, 1, 17; 119, 247; BVerfGE 53, 330, 331; 73, 97, 102.

19 Einfachgesetzlich konkretisiert ist dieses Treueverhältnis in den §§ 33ff BeamtStG, wonach Beamte ihr Amt zum Wohl der Allgemeinheit, mit voller Hingabe, nach bestem Gewissen und uneigennützig zu erfüllen haben. Mit diesen Verpflichtungen ist lt Kremser ZJS 2014, 74, 78 ein Streikrecht nicht vereinbar. Vgl dazu auch BVerfGE 53, 330, 331; OVG Lüneburg NdsVBl 2012, 266, Rn 46.

20 BVerfG NVwZ 2014, 736, Rn 24; vgl weiter Traulsen JZ 2013, 65, 67f.

21 Vgl ebd; sowie Maunz/Dürig/Badura Fn 14, Art. 33 Rn 67, 72.

22 Ebd, Rn 65ff.

sein.²³ Sie sind Teil eines aufeinander abgestimmten Systems beamtenrechtlicher Grundsätze,²⁴ das es nach teilweise vertretener Auffassung nicht erlaubt, einen dieser Grundsätze isoliert herauszulösen, ohne damit gewissermaßen das Gesamtsystem ins Wanken zu bringen.²⁵

So wird vertreten, dass das Streikverbot wesensmäßig mit dem Alimentationsprinzip zusammenhängt. Versteht man letzteres dahingehend, dass es eine amtsangemessene Besoldung erfordert, deren Höhe sich unmittelbar aus der Verfassung ergibt und die vom Bundesverfassungsgericht insoweit auch verfassungsgerichtlich nachprüfbar ist, kann ein Streik nach dieser Auffassung ein mit einer solchen Arbeitskampfmaßnahme typischerweise verbundenes Ziel nicht mehr erreichen: die Erhöhung der Besoldung. Wenn sich die Amtsangemessenheit unmittelbar nach dem GG bestimmt, sei die Frage dessen, was amtsangemessen ist, jedenfalls der Verhandlungsgewalt der Tarifparteien entzogen.²⁶ Nach teilweise vertretener Auffassung führt dies sogar dazu, dass aus dem Schutzbereich des Art. 9 III GG kein Streikrecht für Beamte abgeleitet werden kann.²⁷

Nach anderer Auffassung bilden die das Beamtenstreikrecht umfassenden hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums nach Art. 33 V GG eine verfassungsimmanente Schranke gegenüber dem in Art. 9 III GG gewährleisteten Streikrecht.²⁸

Nach beiden Ansichten kann sich die L nicht auf das Streikrecht aus Art. 9 III GG berufen, um ihr Fernbleiben vom Dienst zu entschuldigen.

bb) Streikrecht aus Art. 11 EMRK

Fraglich ist allerdings, ob dieser Befund unter Berücksichtigung von Art. 11 EMRK Bestand haben kann. Art. 11 I EMRK gewährleistet als Unterfall der Vereinigungsfreiheit auch das Recht, Gewerkschaften zu bilden und ihnen beizutreten, was als Koalitionsfreiheit verstanden wird.²⁹ Aus diesem Recht ergibt sich nach der neueren Rechtspre-

chung des EGMR auch ein grundsätzliches Streikrecht.³⁰ Auch wenn Art. 11 II 2 EMRK die Möglichkeit von besonderen Einschränkungen dieses Rechts für Staatsbedienstete vorsieht, hat der EGMR die Position entwickelt, dass ein allgemeines Streikverbot für Angehörige des Öffentlichen Dienstes nicht zulässig ist.³¹

(1) Rang der EMRK im grundgesetzlichen Normengefüge und Folge

Ginge Art. 11 EMRK normenhierarchisch dem aus dem GG fließenden beamtenrechtlichen Streikverbot vor, wäre eine Berufung der L auf Art. 9 III GG denkbar. Jedoch handelt es sich bei der EMRK um einen völkerrechtlichen Vertrag, dessen Rang gem. Art. 9 II 1 GG nur der eines einfachen Gesetzes ist. Folglich kann Art. 11 EMRK dem verfassungsrechtlich verbürgten Streikverbot nicht entgegenstehen.

Aus dem gleichen Grund vermögen auch die Urteile des EGMR selbst das verfassungsrechtlich verankerte beamtenrechtliche Streikverbot nicht zu erschüttern. Denn die Hohen Vertragsparteien sind zwar gem. Art. 46 EMRK verpflichtet, alle Urteile des Gerichtshof in den Rechts-sachen zu befolgen, in denen sie Partei gewesen sind. Auch bei dieser Pflicht handelt es sich aber in Ansehung von Art. 9 II 1 GG nur um eine einfachgesetzliche Pflicht. Zudem ist gegen die Bundesrepublik selbst bisher noch kein entsprechendes, auf Art. 11 EMRK gestütztes Urteil ergangen, welches die Unvereinbarkeit des aus Art. 33 V GG fließenden beamtenrechtlichen Streikverbots feststellt, sodass noch nicht einmal ein auf Art. 46 EMRK beruhender Völkerrechtsverstoß der Bundesrepublik festgestellt werden kann.

(2) Berücksichtigung der EMRK bei der Auslegung des GG

Möglicherweise sind jedoch der Gehalt der EMRK und die Rspr des EGMR dennoch zu beachten, nämlich mittelbar, bei der Auslegung des GG.

(aa) Grundsatz, Begründung und Grenze

Dafür spricht, dass es sich bei der EMRK um einen menschenrechtlichen Vertrag handelt. Den Menschenrechten wird prominent in Art. 1 II GG eine besondere Stellung eingeräumt. Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht sachgerecht, die EMRK als bloßes einfaches Gesetz zu begreifen. Zudem lässt das GG in seiner Präambel und den

²³ BVerwG NVwZ 2014, 736, Rn 27.

²⁴ Vgl Traulsen Fn 20, 68.

²⁵ Schubert AöR 137 (2012), 92, 97 und 115; das BVerfG spricht in dieser Hinsicht davon, dass ein »Rosinenpicken« nur einzelner Grundsätze des Berufsbeamtentums nicht erlaubt sei, BVerfGE 119, 247, 267.

²⁶ Zum Ganzen: Traulsen Fn 20, 68.

²⁷ OVG Lüneburg NdsVBl 2012, 266, Rn 36 ff; 267 Schubert Fn 25, 95 mwN.

²⁸ BVerwG NVwZ 2014, 736, Rn 23; VG Osnabrück ZBR 2011, 389, Rn 25 f; Lindner DÖV 2011, 305, 305 f; Kremser Fn 19, 78; Battis ZBR 2011, 397, 399.

²⁹ Karpenstein/Mayer/Arndt/Schubert EMRK-Kommentar, 2012, Art. 11 Rn 51.

³⁰ EGMR NZA 2010, 1423, Rn 32.

³¹ Ebd., Rn 32.

Artt. 1 II, 9 II, 23–26 und 59 deutlich erkennen, dass eine Integration der Bundesrepublik in die Völkerrechtsgemeinschaft anzustreben ist. Dieser Integrationsauftrag fordert aber gleichermaßen, dass die Rechtsordnung der Bundesrepublik möglichst völkerrechtsfreundlich auszulegen ist und mithin Verstöße gegen das Völkerrecht, so gut es geht, zu vermeiden sind.³² Daher ist – auch nach der st Rspr des BVerfG – die EMRK, im Lichte der Rspr des EGMR, bei der Auslegung der innerstaatlichen Rechtsordnung inklusive des GG zu berücksichtigen.³³ Dies gilt auch für Urteile, die in einer Rechtssache ergangen sind, in der die Bundesrepublik nicht Streitpartei gewesen ist.³⁴

Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung soll diese Berücksichtigungspflicht freilich nur für die Grundrechte und rechtstaatlichen Grundsätze im engeren Sinn gelten.³⁵ Eine völkerrechtliche Auslegung des GG könne über diesen Bereich nicht hinausgehen.

Diese Auffassung ist jedoch fragwürdig. Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des GG ist nicht etwa auf den Bereich der Grund- und Menschenrechte beschränkt. Insbesondere der Bezug zu den »rechtstaatlichen Grundsätzen«, wie er auch vom BVerfG festgehalten wurde, spricht dagegen, dass außerhalb des Grundrechtsteils des GG liegende Verfassungsbestimmungen vor einer Auslegung im Lichte völkerrechtlicher Vorgaben immun sein könnten. Letztlich basiert diese Sicht auf einer künstlichen Trennung von verschiedenen Teilen des GG, die nicht immer konsequent durchgehalten werden kann. Dies kann der vorliegende Fall verdeutlichen: die EMRK gewinnt jedenfalls Einfluss auf die Auslegung des Streikrechts aus Art. 9 III GG, welches dann wiederum in Einklang mit Art. 33 IV, V GG zu bringen ist.³⁶

Diese Berücksichtigungspflicht findet ihre Grenze jedoch dann, wenn dadurch tragende Grundsätze der grundgesetzlichen Verfassungsordnung berührt werden.³⁷ Eine schematische Pflicht zur Übernahme der Urteile des EGMR kann auch aus dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit nicht abgeleitet werden.³⁸

³² BVerfGE 111, 307, 328.

³³ Zuerst: BVerfGE 74, 358, 370; zuletzt: BVerfGE 128, 326, 367 f. Das BVerfG spricht in diesen Fällen von einer Orientierungsfunktion, die den Entscheidungen des EGMR zukommt, s. zB BVerfGE 111, 307, 320. Daneben entfalten nach Ansicht des BVerfG auch Entscheidungen des IGH eine solche Orientierungswirkung, BVerfG NJW 2007, 499, 502.

³⁴ BVerfGE 128, 326, 368.

³⁵ Schubert Fn 25, 114.

³⁶ Die Kenntnis dieses Meinungsstreits wurde für die Klausurbearbeitung nicht erwartet.

³⁷ BVerfGE 111, 307, 319.

³⁸ BVerfGE 128, 326, 370.

(bb) Folgen für den vorliegenden Fall

Fraglich ist also, ob die EMRK im konkreten Fall einem Streikverbot der L entgegensteht, und ob dies bei der Auslegung des GG berücksichtigt werden kann und muss.

In einer Reihe von Urteilen hat der EGMR festgestellt, dass Art. 11 EMRK einem generellen Streikverbot für Angehörige des Öffentlichen Dienstes entgegensteht.³⁹ Allerdings sieht Art. 11 II EMRK die Möglichkeit der Einschränkung der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit für Angehörige der Streitkräfte, der Polizei und für Staatsbedienstete vor. Bei der L könnte es sich um eine Staatsbedienstete in diesem Sinn handeln, sodass eine Einschränkung der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit zulässig wäre.

Dagegen spricht jedoch, dass Beschränkungen des Art. 11 I EMRK nicht pauschal zulässig sind, sondern in jedem konkreten Einzelfall gerechtfertigt werden und verhältnismäßig sein müssen.

Zwar könnte man darauf abstellen, dass der EGMR durchaus die Möglichkeit vorsieht, bestimmte Gruppen von Staatsbediensteten mit einem Streikverbot zu belegen.⁴⁰ Es ließe sich argumentieren, dass es sich bei den Beamten um eine solche klar abgrenzbare Gruppe handelt, die anders als die anderen Angehörigen des Öffentlichen Dienstes, namentlich die ebenfalls beachtlich große Gruppe der Angestellten im Öffentlichen Dienst, nicht streiken dürfen.⁴¹ Nach dieser Interpretation des Art. 11 II EMRK und der Rspr des EGMR würde die Bundesrepublik ihren völkerrechtlichen Verpflichtungen aus der EMRK genügen.

Gegen diese Auffassung spricht jedoch, dass Ausnahmen nach Art. 11 II EMRK nur zulässig sind, soweit dies für die Erfüllung der betroffenen hoheitlichen Aufgaben notwendig ist.⁴² Die dafür geschaffenen gesetzlichen Ausnahmekategorien müssen dabei so klar und eng wie möglich formuliert sein.⁴³ So ist es nach der Rspr des EGMR zulässig, Streiks für Staatsbedienstete zu verbieten, die im Namen des Staates Hoheitsgewalt ausüben.⁴⁴ Dieser Interpretation des Art. 11 II EMRK durch den EGMR liegt folglich ein funktionales und kein statusbezogenes Differenzierungskriterium zugrunde.⁴⁵

³⁹ S. zB EGMR NZA 2010, 1423; EGMR NZA 2010, 1425.

⁴⁰ EGMR NZA 2010, 1423, Rn 32.

⁴¹ So Lindner Fn 28, 307 f; Kersten Neues Arbeitskampfrecht, 2012, 25 ff.

⁴² EGMR NZA 2010, 1425.

⁴³ Polakiewicz/Kessler NVwZ 2012, 841, 842.

⁴⁴ EGMR NZA 2010, 1423, Rn 32.

⁴⁵ BVerwG NVwZ 2014, 736, Rn 40; Schubert Fn 25, 104 f; Traulsen Fn 20, 70; Polakiewicz/Kessler Fn 43, 842 f; Kersten Fn 41, 35 mwN;

Diese Überlegungen finden auch im Text des GG eine Stütze. Art. 33 IV GG zeigt, dass es nur für den Bereich der Wahrnehmung von hoheitlichen Aufgaben in einem engeren Sinn vom GG vorausgesetzt wird, dass diese Aufgaben von Beamten wahrgenommen werden.⁴⁶ Der gleiche Rechtsgedanke liegt zudem auch der Bereichsausnahme von der Arbeitnehmerfreizügigkeit aus Art. 45 IV AEUV zugrunde.⁴⁷

Für die Lehrerin L kann festgehalten werden, dass sie jedenfalls nicht mit der Wahrnehmung von solchen besonders sensiblen hoheitlichen Aufgaben betraut ist. Dies folgt schon daraus, dass der Beruf des Lehrers sowohl von Angestellten als auch von Beamten – je nach landesrechtlicher Gesetzeslage – ausgeübt wird.⁴⁸ Ob die Lehrkraft bei der Ausübung ihrer Tätigkeit als Beamter oder als Angestellter auftritt, hängt dabei nicht von der Aufgabe selbst ab, etwa von dem zu unterrichtenden Fach oder von der Stellung als Vertrauenslehrer o.ä., sondern einzig und allein von der landesrechtlich vorgesehenen Möglichkeit, Lehrer zu verbeamten oder sie lediglich als Angestellte im Öffentlichen Dienst zu beschäftigen. Die Verbeamtung kann daher nicht als essentiell für die Ausübung des Lehrerberufs betrachtet werden.⁴⁹ Mithin verbleibt es aus der Perspektive der EMRK bei dem aus Art. 11 EMRK fließenden Streikrecht zugunsten der L.

Es bleibt aber zu klären, ob das GG, insbesondere der in Art. 33 V GG verankerte Begriff der »hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums«, so ausgelegt werden kann, dass dem in Art. 11 EMRK zugunsten der L niedergelegten Streikrecht Rechnung getragen werden kann, oder ob dies tragende Grundsätze der Verfassung als Grenze der aus der Völkerrechtsfreundlichkeit fließenden Berücksichtigungspflicht erschüttern würde. In diesem Zusammenhang ist jedenfalls auch in den Blick zu nehmen, dass das beamtenrechtliche Streikverbot selbst nicht ausdrücklich im GG verankert ist. Vielmehr wird es als Teil der »hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums« begriffen, die als bloße Eckpfeiler des Beamtenrechts zu berücksichtigen und – seit der Änderung des GG im Jahr 2006 – auch explizit fortzuentwickeln sind.⁵⁰ Dementsprechend wird in der Litera-

tur auch davon ausgegangen, dass die Grundsätze aus Art. 33 V GG gegenüber sonstigem Verfassungsrecht eine geringere normative Geltungskraft haben.⁵¹

Für ein Überschreiten der verfassungsrechtlichen Grenze der Berücksichtigungspflicht⁵² spricht zunächst, dass das beamtenrechtliche Streikverbot einen althergebrachten Grundsatz der Verfassung darstellt, der älter ist, als das GG selbst.⁵³ Wie schon dargelegt wurde, ist das beamtenrechtliche Streikverbot notwendiger Bestandteil eines sich ausgleichenden und gegenseitig in Waage haltenden Systems von Vorzügen und Beschränkungen, die das Berufsbeamtentum mit sich bringt. Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums gelten grundsätzlich mit demjenigen Inhalt, der sich im Laufe des »traditionsbildenden Zeitraums« herauskristallisiert hat.⁵⁴ Art. 33 V GG verdeutlicht, dass es der Gesetzgeber ist, dem eine besondere Rolle zukommt, die hergebrachten Grundsätze an ein verändertes Umfeld anzupassen.⁵⁵

Demgegenüber ließe sich einwenden, dass die Möglichkeit einer Anpassung dieser Grundsätze durch den Gesetzgeber auch ein Argument für die völkerrechtskonforme Auslegung durch die Gerichte sein müsste. Schließlich verdeutlicht der Auftrag an den Gesetzgeber, dass es nicht einer Änderung des Verfassungstextes an sich bedarf, um das durch Art. 33 V GG verbürgte Verbot des Beamtenstreiks mit den Vorgaben der EMRK in Einklang zu bringen. Insbesondere wenn im konkreten Fall das Streikverbot für ein reibungsloses Funktionieren des Staatsapparates nicht essentiell ist,⁵⁶ weil die betreffende Lehrerin keine genuin hoheitlichen Aufgaben im Sinne von Art. 33 IV GG und Art. 11 II EMRK ausübt, könne auch ein einfaches Verwaltungsgericht die notwendige Anpassung der deutschen Rechtslage an die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik bewirken.⁵⁷

entwicklung des Rechts des Öffentlichen Dienstes bleibt selbstverständlich nicht ohne Rückwirkung auf die Auslegung und damit auf den Inhalt der – ungeschriebenen – hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums. So auch *Kersten* Fn 41, 29ff.; *Battis* Bundesbeamtengesetz, 4. Aufl 2009, Einleitung Rn 7 mwN.

51 *Jarass/Pieroth* Fn 9, Art. 33 Rn 48.

52 Zur Berücksichtigung: »Das bedeutet, dass sie nicht unbedingt beachtet werden müssen ... und eine geringere normative Bindungswirkung haben.« – *Jarass/Pieroth* Fn 9, Art. 33 Rn 48. Dort auch Hinweise für Fälle, in denen das BVerfG eine Anpassung an veränderte Umstände für zulässig gehalten hat.

53 *Traulsen* Fn 20, 67 m. w. N.

54 BVerwG NVwZ 2014, 736, Rn 24, 57.

55 So das zentrale Argument bei BVerwG NVwZ 2014, 736, Rn 57.

56 Diese Frage bildet auch die Grundlage für die Argumentation von *Traulsen* Fn 20, 69.

57 So im Ergebnis *Gooren* Fn 45, 403ff.; aA dezidiert *Kersten* Fn 41, 34 und 38.

Gooren ZBR 2011, 400, 405; *Werres* DÖV 2011, 873, 879 f; *Niedobitek* ZBR 2010, 361, 368.

46 Vgl *Traulsen* Fn 20, 69; *Kersten* Fn 41, 38.

47 Dazu mwN *Streinz* Europarecht, 9. Aufl 2012, Rn 902.

48 Vgl BVerfGE 119, 247, 267.

49 So auch *Traulsen* Fn 20, 70.

50 *Polakiewicz/Kessler* Fn 43, 844; ähnlich auch *Battis* Fn 28, 399. Fehl geht insofern die Ansicht, nach der, strikt an den Wortlaut des Art. 33 V GG anknüpfend, nur das Recht des Öffentlichen Dienstes fortzuentwickeln ist, nicht jedoch die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums selbst. So zB *Traulsen* Fn 20, 69. Denn die Fort-

Letztlich ist es jedoch genau dieser gesonderte Auftrag an den Gesetzgeber aus Art. 33 V GG, der gegen diese Möglichkeit spricht. Entscheidend ist hierbei die Wechselbezüglichkeit der hergebrachten Grundsätze. Eine isolierte Verwerfung des Streikverbots würde den Zusammenhang mit dem Alimentationsprinzip übersehen.⁵⁸ Es würde darüber hinaus auch zu einer Vielzahl an weiteren schwierigen beamtenrechtlichen Fragen führen.⁵⁹ Das Verwaltungsgericht würde zwar eine Konfliktsituation zwischen GG und EMRK lösen, dabei aber neue Konflikte innerhalb des deutschen Rechtssystems kreieren. Eine etwa ausgesprochene Reduktion des Streikverbots auf diejenigen Beamten, die Hoheitsgewalt im Sinne von Art. 33 IV GG und Art. 11 II EMRK ausüben, würde das Problem aufwerfen, dass für eine Vielzahl an Beamten die Eingruppierung in die eine oder andere Gruppe nur schwer vorgenommen werden kann. Ist die Alimentation und Fürsorge durch den Dienstherrn nach Wegfall des Streikrechts für den Teil der Beamten, der nicht hoheitliche Aufgaben im engeren Sinne wahrnimmt, in Hinblick auf den grundgesetzlichen Gleichheitssatz gegenüber den Angestellten des Öffentlichen Dienstes noch zu rechtfertigen? Oder sind die Dienstherrn vor diesem Hintergrund gehalten, Verbeamtenungen nur noch in den von Art. 33 IV GG vorgesehenen Bereichen vorzunehmen?⁶⁰

All dies zeigt, dass die Einpassung der EMRK in die deutsche Rechtsordnung nicht schematisch erfolgen darf, sondern unter Berücksichtigung der Regelungsstruktur des jeweiligen Bereichs. Eine differenzierte und damit nicht nur einzelfallgerechte, sondern systemadäquate Anpassung kann nur durch den Gesetzgeber auf dem Wege eines formellen Gesetzes erfolgen.

cc) Zwischenergebnis

Festzuhalten bleibt somit, dass Art. 33 V GG so auszulegen ist, dass er einem Streikrecht der L, welches sich aus Art. 9 III GG iVm Art. 11 EMRK ergibt, weiter entgegensteht.⁶¹ Ein Dienstpflichtverstoß der L liegt daher vor.

⁵⁸ S. dazu bereits oben m. w. N.

⁵⁹ Dazu Traulsen Fn 20, 70f.

⁶⁰ Für diese Lösung spricht sich Kersten Fn 41, 37f aus.

⁶¹ Ein anderer Lösungsansatz findet sich bei Schubert Fn 25, 106ff, die argumentiert, dass Art. 11 I EMRK nicht zwingend ein Streikrecht gewährt, sondern in den Fällen einer einschränkenden Auslegung zugänglich ist, in denen eine ausreichende Berücksichtigung der Beschäftigteninteressen bei der Festlegung der Arbeitsbedingungen gewährleistet ist und so das Streikrecht als Druckmittel zur Interessensdurchsetzung nicht erforderlich ist. Dies setzte jedoch voraus, dass die Beteiligungsrechte der Beamten nach dem deutschen Recht

b) Ermessensausübung

Die Schulbehörde müsste sodann die gesetzlichen Grenzen des ihr eingeräumten Ermessens eingehalten und von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung entsprechenden Weise Gebrauch gemacht haben, § 114 S. 1 VwGO.⁶²

aa) Hinsichtlich der Art der Maßnahme

Der Behörde steht gemäß § 5 iVm § 7 DiszG Bln ein Ermessen hinsichtlich der Art der auszusprechenden Disziplinarmaßnahme zu. Dafür, dass sachfremde Erwägungen in die Auswahl der Maßnahme eingeflossen sind oder dass die Behörde gänzlich verkannt hätte, dass ihr mehrere Disziplinarmaßnahmen zur Verhängung zur Verfügung stehen, liegen keine Anhaltspunkte vor. Die Auswahl der Geldbuße als Disziplinarmaßnahme erfolgte mithin ermessensfehlerfrei.

bb) Hinsichtlich der Höhe

Gem. § 7 S. 1 DiszG Bln kann die Geldbuße bis zur Höhe der monatlichen Dienstbezüge auferlegt werden. Dieser Anforderung genügt die gegenüber L verhängte Geldbuße iHv 1.500 Euro. Bei der Bemessung ist zudem gem. § 13 S. 2 und 4 DiszG Bln die Schwere des Vergehens und der Umfang der Erschütterung des Vertrauens des Dienstherrn in die Beamtin zu berücksichtigen. Die L ist trotz Hinweises auf das ihr nicht zustehende Streikrecht drei Mal innerhalb eines Monats dem Unterricht ferngeblieben und hat ihre Dienstpflicht verletzt. Beide Aspekte, das Ignorieren des Hinweises und das wiederholte Fernbleiben vom Unterricht, begründen zusammengenommen das Vorliegen eines nicht nur unerheblichen Dienstvergehens. Der Dienstherr musste aufgrund dessen zudem damit rechnen, dass die L auch zukünftig jederzeit dem Unterricht fernbleiben würde, um an Streiks teilzunehmen. Daher wurde den Vorgaben des § 13 DiszG Bln in Hinblick auf die Ermessensausübung bei der Festsetzung der Höhe der Geldbuße hinreichend Rechnung getragen. Ein Ermessensfehler ist nicht ersichtlich.

cc) Verhältnismäßigkeitsprüfung

Eine ermessensfehlerhafte Entscheidung liegt jedoch nicht nur bei einem Ermessensnichtgebrauch, Ermessensfehl-

ausgebaut würden. Ähnlich, in Anlehnung an das Kirchenarbeitsrecht, auch Greiner DÖV 2013, 623, 626ff.

⁶² Falls das Verhältnis zwischen GG und EMRK nicht wie hier schon auf Tatbestandsebene diskutiert wurde, kann es alternativ auch im Rahmen der Ermessensprüfung angesprochen werden.

gebrauch oder einer Ermessensüber- oder -unterschreitung vor, sondern auch dann, wenn gegen objektive Schranken des Ermessens verstoßen wurde. Dazu zählt namentlich auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Die verhängte Geldbuße müsste also einem legitimen Ziel dienen, geeignet und erforderlich sein um dieses Ziel zu erreichen, und dürfte überdies nicht außer Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen.

(1) Legitimes Ziel

Grundlage für die verhängte Geldbuße ist die von L begangene Dienstpflichtverletzung. Als Disziplinarmaßnahme soll sie sicherstellen, dass zukünftige Dienstvergehen unterbleiben. Bei dem in § 59 LBG Bln normierten Verbot des unentschuldigtem Fernbleibens vom Dienst handelt es sich um ein legitimes Ziel, dessen Durchsetzung die Disziplinarmaßnahme dient. Demzufolge verfolgt die Geldbuße ein legitimes Ziel.

(2) Geeignetheit

Insbesondere vor dem Hintergrund der festgesetzten Höhe ist sie auch nicht evident ungeeignet, zukünftige Dienstpflichtverletzungen zu unterbinden.

(3) Erforderlichkeit

Als milderer Mittel käme die Aussprache eines Verweises gem. § 5 I Nr 1 DiszG Bln in Betracht. Fraglich ist jedoch, ob ein solcher Verweis gleich geeignet wäre, zukünftige Dienstpflichtvergehen zu verhindern. Da die L trotz Hinweises auf das beamtenrechtliche Streikverbot wiederholt dem Dienst ferngeblieben ist und auch in der Anhörung eine gegenteilige Rechtsauffassung in Hinblick auf das Streikverbot und dessen Geltung für sie persönlich zum Ausdruck gebracht hat, darf bezweifelt werden, dass sie aufgrund eines bloßen Verweises ihre Haltung geändert hätte. Der Verweis hat letztlich warnenden Charakter. Eine solche Warnung gegenüber L ist allerdings durch den Hinweis auf das Streikverbot erstmals und später in der Anhörung wiederholt ergangen, ohne dass die L weiteren Streiks ferngeblieben wäre. Daher wäre ein Verweis gem. § 5 I Nr 1 DiszG Bln ein milderer, aber nicht gleich geeignetes Mittel, da es nicht gleichermaßen zuverlässig die L zur Rückkehr der Befolgung ihrer Dienstpflichten veranlasst hätte. Die Verhängung der Geldbuße war auch erforderlich.

(4) Angemessenheit

Sie müsste aber auch angemessen gewesen sein. Das in § 59 LBG Bln normierte Verbot des Fernbleibens vom Dienst stellt in Hinblick auf das grundgesetzlich in Art. 9 III GG gewährte Streikrecht einen schwerwiegenden Eingriff dar. Allerdings handelt es sich bei dem Streikverbot für Beamte um einen tragenden Grundsatz des Berufsbeamtentums iSv Art. 33 V GG, wie oben bereits dargelegt worden ist. Das Streikverbot ist wesentlicher Bestandteil eines bewährten und austarierten Systems von Rechten und Pflichten der Beamten, welches die Funktionsfähigkeit des Staates und die reibungslose Wahrnehmung der Aufgaben der Beamten sicherstellen sollen. Zu berücksichtigen ist ferner, dass die bundes- und landesgesetzlichen Regelungen zum Beamtenrecht eine funktionsbezogene Differenzierung innerhalb der Beamtenschaft nicht vorsehen. Auch wenn nicht geleugnet werden kann, dass das Fernbleiben eines Lehrers vom Dienst zum Zwecke der Ausübung des Streikrechts nicht zu einem Stillstand oder zu einer erheblichen Beeinträchtigung des staatlichen Betriebes führen würde, so ist doch festzuhalten, dass es nicht Aufgabe der einzelnen Verwaltungsbehörde oder eines einzelnen Gerichts sein kann, im Einzelfall bestimmten Beamten ein Streikrecht zuzusprechen. Diese Kategorisierung ist vielmehr Aufgabe des demokratisch legitimierten Gesetzgebers. Solange dieser die vorliegende und wie gesehen verfassungsmäßige Gesetzeslage nicht verändert, müssen Entscheidungen wie die im vorliegenden Fall auf dieser Grundlage ergehen. Berücksichtigt man vor diesem Hintergrund die Schwere des Vergehens der L, so kann eine Unverhältnismäßigkeit der verhängten Geldbuße in Hinblick auf die Sicherstellung der Wahrnehmung der Dienstpflichten der L nicht konstatiert werden.

II. Zwischenergebnis

Die zulässige Klage der L ist nicht begründet.

C. Ergebnis

Die zulässige Klage der L ist unbegründet und hat daher keine Aussicht auf Erfolg.

Danksagung: Für eine aufmerksame Durchsicht des Manuskripts danken wir Frau Alicia Köppen.